

Direito de Propriedade e Meio Ambiente

Antônio Herman V. Benjamin

1. Crise ambiental, especulação imobiliária e descaso com o interesse público - A proteção do meio ambiente, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”¹, está, não obstante o escudo constitucional, jurada de morte. Surpreendentemente, não mais se trata de sobressalto resultante de formas tradicionais e diretas de degradação ambiental, como a derrubada ilegal de florestas nativas, as queimadas irregulares, a contaminação do ar, solo e águas.

O risco atual ao modelo de tutela ambiental adotado pelo Brasil surge de maneira mais sutil, operando não à margem do ordenamento, mas deste se beneficiando: chega, enfim, pela porta dos fundos! Os degradadores descobriram que, em vez de procederem com atos frontais de desrespeito às normas ambientais existentes, lhes era mais fácil e lucrativo espoliar o meio ambiente simplesmente fazendo uso da técnica - no mais, absolutamente legítima - da **desapropriação indireta**.

Em torno dessa matriz patológica de conduta, estima-se que só o Estado de São Paulo já tenha sido condenado em mais de **2 bilhões de dólares**, uma quantia tão fantástica que corresponde a quatro vezes o valor global das exportações anuais de açúcar do País, montante que certamente daria para adquirir, a preços de mercado, a quase totalidade das unidades de conservação do Brasil!

Por que e como chegamos a esse extremo de descaso para com a coisa pública? Quais as condições materiais, humanas e normativas que propiciaram a utilização capciosa (em alguns casos, verdadeiramente criminosa) de um instituto jurídico tão importante no Direito brasileiro?

Esse resultado assustador advém, primeiramente, de uma apreensão insuficiente das alterações cravadas pela Lei Maior no ordenamento brasileiro, ao regradar, pela primeira vez em nossa história constitucional, de modo extensivo (até didático e repetitivo), a proteção do meio ambiente.

De outro lado, o perigo que paira sobre os esforços de tutela ambiental também são produto do espírito especulativo que tomou conta do País, no aspecto ambiental em claríssima violação aos princípios constitucionais, particularmente o art. 255, que, na lição abalizada do **Ministro Celso Mello**, é “a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às for-

mações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm dierito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”².

O fenômeno sinuoso só recentemente se manifesta, em parte porque, numa estrutura administrativa ambiental inoperante e com condições mínimas de fiscalização, ao degradador ficava mais barato e fácil simplesmente desconhecer a lei e praticar sua conduta desconforme, diante das remotíssimas chances de detecção e perseguição. Não se justificava, portanto, buscar o Judiciário, contratar advogado e enfrentar a reconhecida incapacidade do Estado em pagar seus precatórios.

Com o aperfeiçoamento do sistema de implementação (órgão ambientais melhor aparelhados, Polícias Florestais organizadas, Juízes sensíveis às preocupações ambientais, Promotorias de Justiça do Meio Ambiente atuantes, ONGs combativas), a degradação passou a ser comportamento de risco, obrigando os proprietários a buscar novas fórmulas de lucratividade fácil. Eis a origem do desvirtuamento da desapropriação indireta, que se hoje é uma festa para os degradadores, para um grupo restrito de advogados especializados e de peritos despudorados transformou-se em banquete: todos ganham, pouco importando que percam a coletividade, o Erário, o meio ambiente e a ordem jurídica abusada!

Não deixa de ser paradoxal que, exatamente o direito de propriedade, confinado que está pelas amarras sociais da Constituição Federal de 1988, venha a ser o salvo-conduto a garantir, de maneira generosa, aos proprietários resultados que, nos regimes constitucionais anteriores, profundamente individualistas, só acanhadamente arriscavam-se a postular. Ontem, e não hoje, ainda faria sentido brandir-se o direito de propriedade para questionar, dificultar ou mesmo de todo impedir a proteção do meio ambiente.

A bem da verdade, a insurreição contra a ordem jurídica ambiental manifesta-se de maneiras variadas. Duas formas principais tem esse grito de guerra, que, pela vontade dos degradadores, levaria a um conflito insuperável entre direito de propriedade e meio ambiente. Pela primeira, busca-se, diretamente, sob o plano da constitucionalidade, derrubar leis, decretos, portarias, resoluções e atos administrativos variados, sob o argumento de que violariam a garantia do direito de propriedade. Pela segunda, já referida, tenta-se, agora obliquamente,

tornar irrealizável a efetiva implementação dessas normas, concedendo-se aos titulares (até posseiros!) de áreas ambientalmente relevantes indenização por hipotética violação do direito de propriedade, mediante desapropriação indireta.

Naquele caso, tenta-se constitucionalmente desautorizar, em si mesma, a norma protetória. Já na desapropriação indireta, diversamente, o preceito legal não é, abstratamente, recriminado no cotejo com a Constituição Federal, mas os atos praticados sob seu amparo são apresentados como incursão indevida no direito de propriedade, instituindo, por isso mesmo, o dever do Poder Público de indenizar eventuais prejuízos causados ao titular, como decorrência de sua impossibilidade de livremente usar e dispor do seu domínio.

Em ambas situações, é forçoso reconhecer que ainda interpretamos o arcabouço infraconstitucional e compreendemos o fenômeno da intervenção estatal em favor do ambiente com os olhos postos na Constituição Federal de 1969 e nos textos que a antecederam. Vale dizer, não fomos capazes de proceder à releitura (= atualização) do Direito do **ancien régime**, agora sob as premissas do modelo constitucional instaurado em 1988. Tudo nos encaminhando à cegueira jurídica, passaporte certo para que esqueçamos a realidade, a triste realidade da tragédia do planeta e do homem, deixando que caia no vazio, no nosso caso, o básico: que, no Brasil, como em outros países, “o processo de desenvolvimento econômico vem se realizando, muitas vezes, com sacrifício dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala alarmantes”³.

2. Uma primeira aproximação para o problema: a proteção do meio ambiente precede o direito de propriedade no sistema constitucional brasileiro atual - É indubitável a relação existente entre tutela ambiental e direito de propriedade. Inicialmente, é bom lembrar que “os problemas ambientais de hoje decorrem, em grande medida, da utilização, no passado, do direito de propriedade”⁴.

De fato, direito de propriedade e meio ambiente são institutos interligados, como que faces de uma mesma moeda; nesse sentido, não seria incorreto dizer-se que o Direito Ambiental é fruto de uma amálgama do Direito das Coisas com o Direito Público. Com isso queremos dizer que qualquer tutela do meio ambiente implica sempre interferência no direito de propriedade.

Diz-se, comumente, que a proteção do meio ambiente é uma intervenção no direito de propriedade privada, como se, no terreno da temporalidade constitucional, primeiro o constituinte tivesse gerado a propriedade e, só posteriormente, viesse a reconhecer a necessidade de tutela ambiental, mais por força de mandamentos inferiores (leis, decretos e resoluções) do que com apoio no próprio texto da Constituição. Nesse raciocínio há pelo menos dois equívocos estruturais.

Inicialmente, como veremos em seguida, a tutela do meio ambiente, no regime constitucional brasileiro vigente, é logicamente antecedente e historicamente contemporânea (ambos direitos são reconhecidos num mesmo momento legislativo e num mesmo texto normativo) ao direito de propriedade. Logicamente antecedente porque, sem resguardo ao meio ambiente, a ordem implantada pela Constituição Federal de 1988 não reconhece o direito de propriedade, nos termos do arts. 5, inciso XXIII (função social), 170, inciso VI (a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica) e 186, inciso II (função social ambiental da propriedade rural).

Daí que, a rigor, não se pode falar em “intervenção” (ato de fora para dentro) num direito que, por determinação constitucional, só é reconhecível (= garantido) quando respeitados valores e objetivos (= direitos) que lhe são antecedentes. Eventual “intervenção” ambiental, pois, como regra⁵, opera, não no plano do direito de propriedade em si, mas, já como consequência de sua adesão a este, no âmbito do uso que dele faça ou queira fazer o proprietário. Em síntese, a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, não está em conflito com o direito de propriedade. Ao contrário, é parte da mesma relação sociedade-indivíduo que dá à propriedade todo o seu significado e amparo⁶.

3. Rápida nota sobre a evolução do direito de propriedade - Numa “economia de fronteira”, como a que ainda impera em partes do nosso País, o direito de propriedade, mesmo que a legislação vigente assim não prevesse, era mesmo absoluto. Tudo contribuía para a concepção equivocada de que a exploração econômica integral da terra e de seus atributos (= exploração predatória) era a única destinação que a ela poder-se-ia dar: a imensidão de territórios a serem conquistados, a aparente inesgotabilidade dos recursos naturais, a dispersão dos habitantes, a certeza de que a propriedade ou era utilizada em sua inteireza ou não tinha verdadeiramente tal qualidade⁷, o desejo, por razões de segurança de fronteiras ou por precisão de divisas e geração de empregos, de estimular a transformação empresarial das relações produtivas.

Nesse sentido, pouca importância era dada, fora das aglomerações urbanas (com as limitações urbanísticas), a certos limites impostos ao direito de propriedade, seja em favor de indivíduos igualmente proprietários (os direitos de vizinhança, p. ex.), seja em proveito da coletividade como um todo (o exercício do poder de polícia, para proteger a saúde pública).

Numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de propriedade agregou-se outros limites, sempre submetidos ao princípio de que se forem muito longe, serão reconhecidos como desapropriação indireta⁸.

Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do

ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento de direito de propriedade válido. Construções jurisprudenciais várias, que não podemos aqui analisar, antecederam-se a essa constitucionalização, muitas vezes tendo que, do vácuo constitucional, extrair garantias ambientais que, num quadro mais formal, chocavam-se com os precedentes, a doutrina tradicional e os próprios estatutos ordinários.

Tão arraigada essa tendência pró-exploração predatória que, ainda hoje, principalmente em sociedades menos evoluídas, o conceito popular de propriedade confunde-se com um hipotético direito do seu titular de usar aquilo que é seu como bem lhe convier ou aprezir, o que lhe daria um direito intocável a desmatar onde e quando quisesse, a lotear o imóvel ou a explorar o seu subsolo sempre que lhe for oportuno, enfim, a aproveitar livremente os recursos naturais existentes na propriedade.

No mundo contemporâneo, por força da evolução social e jurídica, mais e mais os poderes derivados do direito de propriedade são estatuídos, em bases constitucionais ou simplesmente legais ou jurisprudenciais, de modo bem delimitado. Assim, p. ex., o dono de uma arma de fogo não pode portá-la sem antes ser autorizado pela autoridade competente, o proprietário de um automóvel não pode dirigir sem habilitação, o comerciante não pode expor e vender suas mercadorias no meio da via pública, o agricultor não pode fazer uso de toda a água do córrego que corta suas terras, o dono da casa não pode construir muros e outras edificações a seu bel-prazer⁹.

O certo, e ninguém nega isso, é que a propriedade privada (e a pública também) sofre limites que são impostos como pressupostos para seu reconhecimento pela ordem jurídica e outros que lhe são agregados casuisticamente, diante de fatos que só se manifestam no instante em que o direito, consolidado e plenamente ajustado ao ordenamento, é exercitado.

4. O direito de propriedade é reconhecido constitucionalmente, mas seu conteúdo é determinado pela legislação ordinária - De uma maneira simplificada, o direito de propriedade dá ao seu titular o poder de uso, gozo, disposição e transmissão. Esses aspectos derivam do reconhecimento constitucional da propriedade, mas têm seu conteúdo definido pela legislação infraconstitucional, no nosso caso fundamentalmente pelo Código Civil e normas extravagantes.

No plano infraconstitucional, a latitude do legislador é ampla, desde que não altere o conteúdo básico do direito de propriedade, inviabilizando o **elemento primordial** de sua previsão constitucional - o **direito de exclusão**; vale dizer, a norma ordinária, como regra, não pode ir ao ponto de conferir a outros sujeitos a possibilidade de interferir com o uso e gozo do domínio, pois, dessa maneira, estaria completamente descaracterizada a

garantia constitucional¹⁰.

Assim, p. ex., ao legislador é lícito fixar as regras de herança (determinando a porção devida ao cônjuge), estabelecer o valor dos impostos que incidem sobre a propriedade, determinar os requisitos para sua alienação ou aquisição; pode ele, enfim, impor a forma e extensão do uso do bem. É esse poder estatal que legitima e suporta a proteção do meio ambiente. Nenhuma dessas atuações estatais é considerada, aprioristicamente, desapropriação.

Na perspectiva ambiental, é bom ressaltar que entre os direitos associados à propriedade não está o poder de transformar o “estado natural” da res. Nenhum proprietário tem o direito de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrá-la, modificando seu estado natural e função ecológica.

5. Os limites internos e externos do direito de propriedade - Fetas essas considerações preliminares, podemos classificar os limites do direito de propriedade em dois tipos básicos: a) internos e b) externos.

Os **limites internos** são de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio, isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade; elementos de um todo, moldam-se como ônus inerentes ao direito de propriedade. Na ausência deles, como se fossem o ar e a água que propiciam a vida, não se consolida o direito de propriedade, não é ele reconhecido e protegido pela ordem jurídica. Entre esses limites internos estão, exemplificativamente, o respeito aos direitos dos outros proprietários (regras de vizinhança) e a proteção da saúde pública (proibição do consumo de entorpecentes, higiene nos estabelecimentos comerciais ou a possibilidade de execução de cães com hidrofobia, p. ex.) e dos bons costumes (vedação de casas de prostituição, entre outros). Mais recentemente, surge outro feixe de restrições, agora sob o amparo da função social da propriedade, que atua “na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”¹¹. Nesse contexto funcional, destaca-se a proteção do meio ambiente (a reserva legal, as áreas de preservação permanente, o controle das emissões poluidoras, etc).

Neste ponto, não se pode falar em desapropriação, pois um ônus da propriedade não tem o dom de ser, a um só tempo, seu **elemento** e uma intervenção desapropriadora. Não se pode compensar pela negação (= desapropriação) de um direito que não se tem. Tais pressupostos internos colocam-se como determinantes **a priori** do direito de propriedade. A proteção do meio ambiente não é uma incumbência imposta **sobre** o direi-

to de propriedade, mas uma função inserida **no** direito de propriedade, dele fazendo parte inseparável. Em síntese, os limites internos não aceitam a imposição do dever de indenizar, exatamente porque fazem parte do feixe de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade.

Os **limites externos** são consecutivos ao direito de propriedade: pressupõem uma dominialidade que opera em sua plenitude, totalmente consolidada por respeitar os limites internos. É o caso, p. ex., de necessidades da Administração Pública em relação ao uso, por ela mesma, de atributos (servidão de passagem, entre outros) ou à totalidade da propriedade (construção de estradas, escolas, etc). Ressalte-se que mesmo certas restrições feitas em nome do meio ambiente, porque vão além do formato constitucional, podem vir a caracterizar-se como limites externos, passíveis, portanto, de imposição da obrigação de indenizar.

Exceto quando impede, por inteiro, o uso da propriedade, a proteção do meio ambiente, então, nada tira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu. Guardadas as devidas proporções, é como se o direito de propriedade equivallesse ao corpo humano e a proteção do meio ambiente a um de seus órgãos vitais: sem um o outro não sobrevive.

No Brasil, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos arts. 5, 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. A propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma **ordem pública ambiental**¹²: essa a principal repercussão dos dispositivos constitucionais acima referidos.

É por isso que, por princípio, pode - e deve, já que se encontra constitucionalmente obrigado - o Estado restringir a utilização da propriedade e determinar a interdição de atividades e destruição ou demolição de obras que estejam em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-infrator.

A questão, pois, não reside, abstratamente, no **poder** conferido ao Estado para reger o uso da propriedade, mas tem a ver com as **fronteiras** concretas dessa incumbência, que lhe é imposta pela Constituição Federal. Tanto os limites internos, como os externos justificam-se ora pelo desejo do legislador de salvaguardar o indivíduo, isoladamente considerado (direitos de vizinhança, p. ex.), ora com o claro intuito de alcançar objetivos supraindividuais (bons costumes, saúde pública, proteção ambiental, etc). Aqueles encontram fundamento na regra de que o direito de um estanca no direito de outrem; já estes, diversamente, expressam-se como exigência das

regras de convivência em sociedade, como manifestação de preocupações de cunho coletivo, a **função social** da propriedade.

6. A Função social da propriedade está na base da proteção do meio ambiente - O direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, que funda-se na convicção, hoje incontestável, de que "a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade"¹³.

Em alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano, tal formulação vem aceita como simples decorrência natural e infra-constitucional do próprio direito de propriedade. As ordens constitucionais mais recentes, contudo, desejosas de evitar problemas de interpretação, preferem dizer, de modo direto e indubitado, que a propriedade está, sempre e em qualquer situação, demarcada por sua função social.

Para fins de proteção do meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois tudo o que dela decorra, exceto quando a Constituição expressamente o afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação, direta ou indireta.

No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha¹⁴, a teoria da função social da propriedade não tem tido impacto prático e previsível na realidade dos operadores do Direito e no funcionamento do mercado; a verdade é que a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos. Um balanço objetivo comprova que a concepção apresenta pouco - para não dizer nenhum - impacto na forma como são julgados certos casos em que estão em discussão limites internos do direito de propriedade, em particular os de caráter supraindividual, exatamente o cerne de operação da função social; inexistente, nesse sentido, exemplo melhor que o que está sucedendo em termos de desapropriação indireta por proteção ambiental.

A função social da propriedade, já vimos, legitima certas interferências legislativas e administrativas; na ausência da função social tais atuações caracterizariam desapropriação (direta ou indireta), exigindo, pois, indenização. Não se imagine com isso que toda e qualquer intervenção legislativa ou administrativa no direito de propriedade tenha que ser suportada, passivamente, pelo proprietário. Não é esse o espírito da função social da propriedade.

7. Critérios definidores do dever de indenizar na proteção do meio ambiente. O exemplo do Código Florestal - Logo de início, podemos afirmar que, em tese, há desapropriação indireta sempre que a Administração Pública, ao intervir no direito de propriedade a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de

uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos Parques estatais); b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação; c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário. Nessas três hipóteses, o domínio, mediante justa indenização, há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo daquela, como consequência de, por ato seu, nas expressões apropriadíssima do **Ministro Celso Mello**, “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade”¹⁵.

Diferentemente, não cabe indenização, **tout court**, quando o Poder Público regram a forma do uso, privilegiar ou mesmo interditar usança em detrimento de outros. A ordem constitucional não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de **todos** os usos possíveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal - a política da terra arrasada - para que apareça a terra-nua. Só muito excepcionalmente, no mundo da sociedade de consumo - com seu mercado de plantas ornamentais, piscicultura, essências e ecoturismo -, vamos nos deparar com áreas em que sua **única** possibilidade de exploração seja o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.

Que o proprietário tem direito de usar sua propriedade é inegável; contudo, isso não quer dizer que a ordem jurídica lhe assegure, sempre e necessariamente, o **melhor**, o **mais lucrativo** ou mesmo o **mais apazível** uso possível. O “direito de exploração econômica” só é reconhecido quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inciso VI, e 186, inciso II, ambos da Constituição Federal. É com base nesse mesmo permissivo constitucional (o art. 170) que o legislador limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos, proíbe a usura, regra a relação locatícia, chegando mesmo a negar o importantíssimo direito de alienação (p. ex., na venda ao tutor) e restringe o direito de testar.

Em todas essas hipóteses, não se cuida, é claro, de supressão (= desapropriação) do direito de propriedade, pois não desaparece a **totalidade** do valor econômico¹⁶ ou as prerrogativas da dominialidade. Não há, enfim, “apossamento administrativo, que pressupõe ocupação pelo Poder Público. Limitação administrativa não se confunde com aparelhamento administrativo”¹⁷.

O Código Florestal - Lei n. 4771/65 - estabelece o regime nacional de utilização sustentável dos solos com cobertura florestal, enxergadas as florestas como “bens de interesse comum a todos os habitantes do País”¹⁸. Em nenhum de seus dispositivos consagra restrição que vá além dos **limites internos** do domínio, constitucionalmente legitimados, não atingindo,

pois, substancialmente ou mesmo aniquilando o direito de propriedade. Em ponto algum reduz a nada os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos.

A lei traz **dois** instrumentos de preservação ambiental, que não se confundem na sua fundamentação ecológica e jurídica (constitucional e infraconstitucional).

O primeiro mecanismo é a chamada **área de preservação permanente (APP)**, que tem duas sub-espécies: APPs **ope legis** (previstas no art. 2º, incluindo, p. ex., a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 1800m) e APPs por força de ato administrativo (com assento no art. 3º, visando, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias).

Ao lado das APPs, o Código Florestal prevê uma segunda modalidade de regulação do uso das áreas vegetadas, a **reserva legal** (art. 16), que tem, de um lado, como fundamento constitucional, a função social ambiental da propriedade, e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; como razão material, justifica-se pela proteção da biodiversidade, que, a toda evidência, não está assegurada com as APPs.

Não se deve confundir “reserva legal” com “reserva ecológica” ou outras modalidades assemelhadas de unidades de conservação. A reserva legal é sempre territorialmente limitada, nunca passando de 20% (Leste Meridional, Sul e parte do Centro-Oeste do Brasil) e 50% (Região Norte e parte do Centro-Oeste) do imóvel. Representa, portanto, um impacto modesto na relação dominial, quando se considera que, na inexistência de APPs significativas (terreno não-montanhoso, p. ex.), o proprietário terá à sua disposição sempre uma boa parcela de sua propriedade para atividades produtivas. Já outras unidades de conservação, conforme sua configuração, podem chegar a atingir todo o imóvel, inviabilizando, por inteiro, qualquer forma de exploração econômica, o que geraria, evidentemente, dever de indenizar.

Tanto as APPs **ope legis**, como a reserva legal são limites **internos** ao direito de propriedade e, por isso, em nenhuma hipótese são indenizáveis¹⁹. Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas. Não importam, **per se**, novamente tomando por empréstimo as palavras do **Ministro Celso Mello**, “em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade”²⁰.

Já as APPs do art. 3º devem, normalmente, ser indenizadas²¹, quando a) lhes faltar o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários), b) não beneficiarem, diretamente, o proprietário, e b) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre

da promulgação do ato administrativo.

A matéria, como se vê, no quadro constitucional e legislativo, não oferece grandes dificuldades. No entanto, a prática vem demonstrando que, se as instituições envolvidas não acordarem rapidamente para os abusos que estão sendo praticados, em pouco tempo teremos o esforço de várias décadas em favor do meio ambiente completamente desperdiçado. Morreremos todos na praia, tomando de empréstimo a máxima popular.

O Judiciário e o Ministério Público precisam estar atentos às tentativas - muitas vezes bem sucedidas - de transformar o dever-direito de justa indenização em via de lucros fáceis e de enriquecimento sem causa. Como muito bem ressalta **Pereira Calças**, brilhantíssimo Magistrado paulista, "a justa indenização é um conceito que se aplica tanto aos proprietários desapropriados, como ao Poder Público expropriante, pois, se não é justo que o dono do imóvel não receba a indenização suficiente para adquirir outro imóvel semelhante ao que lhe foi expropriado, evidentemente, também não é justo que o Estado pague valor acima do mercado, pois, os custos da desapropriação são suportados por toda a coletividade, que é, a final, quem paga a conta do ato expropriatório"²².

8. É hora de revisitar e reescrever a doutrina dos direitos reais no Brasil - Que a Constituição Federal de 1988 trouxe extraordinárias modificações ao direito de propriedade é fato incontestável. Contudo, muito do que ainda se lê nos manuais e igualmente nos chega pela via jurisprudencial ainda é produto das concepções já superadas, do **ancien régime** constitucional.

O Direito Ambiental - e com ele todos os instrumentos destinados a viabilizar o desenvolvimento sustentável - não significa a destruição do direito de propriedade. Ao revés, a nova disciplina é o exercício social de um direito supraindividual que, no plano constitucional, preexiste ao próprio direito de propriedade e o condiciona: é a "exigência de ponderação ecológica" referida por **Gomes Canotilho**²³, que obriga os empreendedores e todos os operadores jurídicos a levarem em conta, em suas decisões e valorações, a proteção do meio ambiente.

Em outras palavras, toda a matéria dos direitos reais, a começar pelo art. 524, do Código Civil, precisa, agora, após a Constituição Federal de 1988, ser repensada e reescrita, pois o sistema codificado já não está em sintonia com o mandamento constitucional. No novo sistema, não há dois campos distintos, o dos direitos reais e o dos direitos ambientais. Ambos se fundiram. Merecida a reprimenda aos juristas brasileiros, privatistas e publicistas, sem distinção, que faz **José Afonso da Silva** ao afirmar que todos têm uma condenável tendência a esquecer "as regras de direito público, especialmente de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais para lembrar que a Constituição garante o direito de propriedade, que, assim, se torna, em princípio, intocável, salvo exce-

ções estritamente estabelecidas, e quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social, só o fazem para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o ainda com o poder de polícia"²⁴.

O fato é que, hoje, por força de impedimento constitucional, o proprietário não tem o direito de poluir ou degradar o meio ambiente de maneira a comprometer a integralidade dos recursos naturais existentes em área passível de exploração econômica. Tal se faz em favor do próprio empreendedor e das gerações futuras.

9. Conclusões Articuladas

9.1 Após a Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade é limitado, trazendo, ao lado de prerrogativas, obrigações de que são beneficiários o indivíduo, a coletividade em geral e as gerações futuras.

9.2 A função social da propriedade justifica a proteção do meio ambiente no Brasil, que passa a constituir-se, então, em limite interno ao domínio.

9.3 A reserva legal e as áreas de preservação permanente, instituídas pelo Código Florestal, como limites internos da propriedade, não são indenizáveis.

9.4 A reserva legal e as áreas de preservação permanente têm fundamentos jurídicos e ecológicos não-coincidentes, não podendo, por isso mesmo, serem reciprocamente objeto de compensação.

Antônio Herman V. Benjamin é Procurador de Justiça Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, Professor de Direito Ambiental na University of Texas School of Law at Austin (EUA) e Presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

¹ Constituição Federal, art. 225, caput.

² Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rel. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 143.

³ Édis Milaré, Curadoria do Meio-Ambiente, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1988, p. 54.

⁴ Rudolf Dolzer, Property and Environment: the Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting, Morges, IUCN, 1976, p. 58.

⁵ Casos há em que a intervenção estatal reguladora do uso, determinada por preocupações ambientais, acaba por imiscuir-se na própria essência do **direito de propriedade**, quando, p. ex., o Poder Público impede **toda e qualquer** utilização econômica do bem, ou, ainda, quando há desrespeito à comando expresso no que tange à dominialidade de certas modalidades de unidades de con-

servação. Assim, exemplificativamente, se a Administração cria Parque Nacional, Estadual ou Municipal em áreas privadas, já que, pelo que se depreende do art. 5 do Código Florestal, fica “proibida **qualquer forma** de exploração dos recursos Naturais” em tais unidades (grifo nosso). Isso sem falar que, nesses casos, o proprietário perde o direito de excluir terceiros, pois uma de suas finalidades é exatamente a visitação pública (art. 5, par. único).

⁶ James M. McElfish Jr., **Property rights, property roots: rediscovering the basis for legal protection of the environment**, in *Environmental Law Reporter*, vol. 24, n. 5, maio de 1994, p. 10246.

⁷ Cf., no Brasil, o conceito de terra improdutiva para fins de reforma agrária e de tributação.

⁸ Justice Holmes, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922).

⁹ Rudolf Dolzer, **art. cit.**, p. 13.

¹⁰ Exceções há, como no caso de intervenção administrativa. Aqui, porém, não se cuida de medida permanente, sendo, em verdade, adotada no interesse também do próprio proprietário, no sentido de sanear aquilo que lhe pertence e que, pela sua importância social, não pode ser simplesmente abandonado às incertezas do mercado.

¹¹ José Afonso da Silva, **Direito Urbanístico Brasileiro**, 2a edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 66.

¹² Cf., sobre o tema da ordem pública ambiental, Michel Prieur, **Droit de l'Environnement**, Paris, Dalloz, 1991, pp. 57-58.

¹³ Rudolf Dolzer, **art. cit.**, p. 13.

¹⁴ Rudolf Dolzer, **art. cit.**, p. 27.

¹⁵ Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rel. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 142.

¹⁶ No caso da Serra do Mar, p. ex., quantos dos imóveis objeto das inúmeras desapropriações indiretas não encontrariam - se anunciados - comprador entre toda uma classe de “yuppies”, hoje mais interessados em sossego, verde e equilíbrio ambiental do que em exploração agrícola?

¹⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação n. 205.532-2/0, comarca de Iguape, rel. Des. Breno Guima-

rães, j. em 8.3.93,

¹⁸ Código Florestal, art. 1, **caput**.

¹⁹ No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado, **Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 388.

²⁰ Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rel. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 141.

²¹ Paulo Affonso Leme Machado, **Ob.cit.**, p. 390.

²² Tribunal de Justiça de São Paulo, 16a Câmara Cível, Apelação Cível n. 256.302-2 (Iguape), rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

²³ José Joaquim Gomes Canotilho, **Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo**, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 1, junho 1994, p. 59.

²⁴ José Afonso da Silva, **Direito Urbanístico ... cit.**, p. 63.